

DA MULHER HONESTA À LEI COM NOME DE MULHER: O LUGAR DO FEMINISMO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Marilia Montenegro Pessoa de Mello

Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE e Doutora em Direito pela UFSC. Professora de Direito Penal e Criminologia da UNICAP.

RESUMO: A lei Maria da Penha apresenta grandes méritos no que diz respeito às medidas de prevenção e de proteção da mulher, mas contém grandes falhas no campo penal. Estigmatiza os sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções e nem sempre satisfaz a vítima, que muitas vezes deixa a justiça com o rótulo de que ‘gosta de apanhar’. Não é através do direito penal que a mulher encontrará igualdade, pois as mudanças de comportamento e de mentalidade vêm através da educação e de ações preventivas. O direito penal deve ser o último recurso nos conflitos domésticos e familiares e só deve ser invocado depois de esgotadas as medidas de direito civil.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Prevenção; Direito Penal.

ABSTRACT: The Law “Maria da Penha” has great merits in what concerns the measures to prevent and protect women against violence, but it contains some problems in the criminal field. This law stigmatizes the subjects involved, offering false solutions that not always suit the victims. It is not by the criminal law that women will accomplish equality, because changes in behavior and mentality come only throw education and preventive actions. The criminal law should be the last resort on domestic and familiar conflicts and ought to be invoked only after exhausted the measures of civil law.

Key words: Maria da Penha Law, Prevention, Criminal Law.

A MULHER E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Historicamente, o Direito Penal apenas se preocupou com a mulher para categorizá-la, na condição de sujeito passivo dos crimes sexuais, como “virgem”, “honesta”, “prostituta” ou “pública”, e, ainda, a “simplesmente mulher”. Com relação ao pólo ativo, em tese, a mulher sempre pôde come-

ter qualquer crime, sem nenhum tipo de redução de pena, mesmo quando a legislação civil a considerava um ser humano de menor capacidade e apresentava inúmeras restrições aos seus direitos.

A grande preocupação do direito era limitar a mulher na sua capacidade cível, no seu poder patrimonial, na sua educação, e, de forma geral, no seu poder de decisão no seio social e familiar. E essa limitação cabia ao Direito Civil. Já para o Direito Penal, a preocupação era mínima, pois as mulheres, como regra, representavam o papel de vítima¹. Um ser frágil, doméstico, dependente, pouco ou nenhum perigo oferecia à sociedade e não precisaria, assim, sofrer tutela do Direito Penal. O papel de cometer crimes cabia ao homem sujeito ativo, dominador e perigoso.

À mulher restava a fragilização das vítimas. Por isso, ao longo da história, a preocupação da legislação penal não foi quando a mulher cometia crimes, mas sim quando eram vítimas, cabendo ao Direito Penal diferenciar quais as categorias de mulheres que poderiam protagonizar esse papel. A mulher, quando atendia aos requisitos de “honestidade”, poderia ser considerada vítima de crimes e merecia a “proteção do Direito Penal”, já quando entendida como “desonesta”, passava da condição de vítima para provocadora, tendo recebido, muitas vezes, a intervenção do próprio sistema penal.

A divisão dos papéis, entre o masculino e o feminino, está tão arraigada na sociedade que até aparenta normalidade². A força das categorias se apresenta de forma tão evidente que se torna natural a diferença da honestidade feminina para a honestidade masculina reproduzida pelo Direito.

O comportamento sexual interfere sobremaneira na reputação da mulher³, sendo, muitas vezes, a base para defini-la como boa ou má, honesta ou desonesta. Embora essa categorização da mulher honesta como vítima só existisse, legalmente, nos crimes contra os costumes, sempre perpassou estes crimes e permeou vários outros momentos do Código Penal, como, por exemplo, os crimes contra a vida, a integridade física e a honra. Ora, uma mulher que traia o seu marido, consequentemente

¹ Sobre o tema Cf. Menor e Loucos In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*: edição comemorativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

² Sobre o tema Cf. BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

³ Sobre o tema conferir LARRAURI, Elena. Control informal: las penas e las mujeres... In: LARRAURI, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo veintiuno, 1994, p. 1-16, e ainda nessa mesma obra, LEES, Sue. Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes, p. 17-41

afastava-se do referencial de honesta, e, portanto, poderia “apanhar ou até morrer” de maneira justificável para o Direito.

A doutrina repete os discursos, afirmando, por vezes até explicitamente e outras sutilmente, mas sempre de modo natural, a inferioridade do papel feminino. Essas mesmas ideias são ensinadas aos estudantes, que em breve irão reproduzi-las e legitimá-las na jurisprudência, corroborando para a manutenção da dominação masculina no sistema jurídico.

Embora a concepção “mulher honesta” tenha sido definitivamente banida da legislação penal brasileira, continua arraigada no Direito e na sociedade brasileira, mesmo nos crimes de estupro, em que a expressão foi retirada desde 1940. A honestidade da mulher ainda é analisada nos julgamentos dos crimes de estupro, como demonstram os estudos nesta área⁴. As mulheres continuam sendo divididas em mulheres ‘honestas’ e mulheres ‘desonestas’. Dessa forma, a retirada da classificação das mulheres do Código Penal foi, sem dúvida, um passo muito importante de vários que precisam ser dados em busca de um mundo sem suas arbitrárias divisões, que legitimam e perpetuam uma visão androcêntrica característica das sociedades patriarcais.

A doutrina jurídica e a jurisprudência reproduziram, enquanto puderam, o papel da mulher na sociedade patriarcal brasileira. Assim, o grande objetivo da mulher era o casamento, “cura para todos os males” inclusive o da violência sexual. Não se pode afirmar qual será o tempo necessário para afastar a classificação de mulher da prática judicial, mas é tempo, indubitavelmente, de discuti-la e bani-la para além da lei, e esse é, com certeza, o passo mais difícil.

Quando parecia, finalmente, a lei penal apresentar a paridade entre o homem e a mulher, entrou em vigor, no ano de 2006, a lei 11.340, que ficou conhecida nacionalmente como lei Maria da Penha. Esta lei introduziu no sistema jurídico brasileiro uma diferença de tratamento entre os gêneros, mesmo quando praticados crimes idênticos, desde que tenham sido cometidos dentro de um contexto de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Assim, a referida lei utilizou o Direito Penal para, através da punição dos homens, “proteger” as mulheres. Mais uma vez, a lei penal visualiza a mulher como vítima, como sujeito passivo, merecedora de uma tutela especial.

⁴ ARDILLON, Danielle ; DEBERT, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher*. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – Ministério da Justiça, 1987, p. 35.

A FORÇA SIMBÓLICA DO NOME

A lei 11.340/2006 foi criada, declaradamente, para dar um tratamento diferenciado à mulher que se encontre em situação de violência doméstica ou familiar. Por isso já surgiu com um nome, obviamente, de mulher: Maria da Penha. A lei, é verdade, foi muito além das medidas de caráter penal, pois apresentou várias medidas de proteção à mulher. Todavia a projeção, tanto no campo teórico, como prático foi dada às medidas repressivas de natureza penal, que tiveram, inclusive, uma grande repercussão na mídia.

A lei brasileira não vem sozinha. O enrijecimento penal da violência de gênero está ocorrendo também na Europa e na América Latina. A Espanha vem tendo sua legislação alterada desde 1999, porém foi em 2004 que entrou em vigor a lei orgânica 1/2004, que disciplinou as medidas de proteção integral contra a violência de gênero. Sem dúvida, essa lei foi uma das fontes inspiradoras para a lei brasileira, pois as semelhanças são inúmeras, inclusive na sua própria estrutura⁵.

É comum que, quando aconteça um crime de grande repercussão na mídia, em seguida venha um ou vários projetos de lei e, por vezes, ocorrem alterações legislativas⁶. Um grande exemplo desse fenômeno, sem dúvida, é a lei dos crimes hediondos, que tanto no seu surgimento como nas suas modificações, foi motivada por casos que tomaram grande repercussão nos meios de comunicação, como sequestro de empresário, morte de uma atriz que trabalhava em uma rede de televisão e os problemas da falsificação dos remédios. O primeiro motivou a criação da lei e os dois últimos motivaram as suas modificações⁷.

⁵ Sobre a criminalização da violência familiar na Espanha cf: ROSAL, Bernardo del. Violencia y malos tratos em el ambito familiar o tutelar. In: LATORRE, Virgilio Latorre (coord.). *Mujer e derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p.157-166. Sobre a lei orgânica 1/2004 cf. MARTÍN, Maria Ángeles Rueda. Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 228-242.

⁶ Segundo Assis Toledo, “Em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente. Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estática criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 5.

⁷ Vale destacar que, em todas essas situações, as vítimas foram pessoas de classe média ou média-alta. Mesmo no caso da falsificação de remédio, a grande parte das vítimas

A mídia dá tanto destaque à criminalidade violenta que cria uma representação infiel da realidade que deságua em uma política social extremamente punitiva⁸, de modo que não se discute com a profundidade necessária os problemas estruturais mais graves que afetam a sociedade como: a miséria, a péssima distribuição de renda, a falta de escolas e hospitais, e se produz a sensação que as leis atuais não combatem a criminalidade, precisando, conseqüentemente, de novas leis para a resolução dos problemas sociais.

Dos meios de comunicação é a televisão⁹ que apresenta a maior capacidade de confundir a ficção com a realidade. A narrativa sensacionalista da história da vítima apresentada pela televisão desperta os medos e a ira dos telespectadores¹⁰, conseqüentemente surge um desejo de vingança não só da vítima mais de toda sociedade, que também se sente vitimizada com um ato de tamanha violência. O sensacionalismo é utilizado através de instrumentos dramáticos e estratégias sofisticadas para a promoção da insegurança e propagação das medidas de caráter punitivo, de preferência a pena privativa de liberdade, como a principal forma de combate à criminalidade¹¹.

Outros exemplos que podem ser citados como forma de enrijecimento da legislação penal e que tiveram grande repercussão na mídia são: o Código de trânsito, o crime de assédio sexual¹², o regime disciplinar dife-

eram usuárias de pílulas anticoncepcionais, e como se sabe esse tipo de medicamento é utilizado pela classe média.

⁸ Sobre a mídia e os meios de comunicação conferir: HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o del discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: *Criminología crítica y control social*. 2. "Orden o justicia: el falso dilema de los intolerantes." Rosario: Editorial Juris, 2000, p. 40.

⁹ Alguns programas televisivos se propõem, inclusive, a "resolver o que a lei e a justiça não resolvem", como fazia o programa Linha Direita, da Rede Globo de televisão. Sobre o tema conferir MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.

¹⁰ Recentemente, em março de 2008, o caso do assassinato da menina Isabella Nardoni causou uma repercussão enorme nos meios de comunicação; por conta desse crime foram aprovadas várias alterações das leis penais e processuais penais. Uma interessante reflexão desse caso é feita por Luciano Oliveira no artigo ainda inédito: O caso Nardoni e a justiça do populacho.

¹¹ Sobre a televisão como forma de propagação do cárcere conferir: MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Trad. Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 302-309.

¹² Sobre o crime de assédio sexual, Nilo Batista destaca o programa Globo Repórter, da emissora de Rede Globo de televisão, que foi ao ar no dia 30/03/2001. O tema do referido

renciado, entre tantos outros. Mas até então nenhuma dessas modificações receberam, após a vigência da lei, uma grande vinculação com o nome de pessoas, que tanto no pólo ativo ou passivo, motivaram essa situação.

Em 1983, Maria da Penha Maia sofreu duas tentativas de homicídio sendo imputada a autoria ao seu esposo. A primeira agressão foi um tiro que a deixou paraplégica; já na segunda recebeu uma descarga elétrica durante um banho. Em 2002, após 19 anos da prática do crime, o seu marido passou 2 (dois) anos preso. O caso tomou tanta repercussão que chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos, que acatou, pela primeira vez, a denúncia de um crime de violência doméstica¹³.

Dessa forma, Maria da Penha, que inclusive escreveu um livro sobre a sua trajetória para conseguir a punição do marido¹⁴, tornou-se símbolo da luta contra violência doméstica em todo o Brasil¹⁵. Com a edição da lei 11.340/06, a mídia divulgou amplamente o seu sofrimento e como a sua história de vida exerceu influência direta na criação e aprovação do referido diploma legal¹⁶. Maria da Penha, desde a edição da lei, viaja por todo Brasil proferindo palestras e discutindo a aplicação do diploma legal que leva o seu nome.

programa era o limite entre a paquera e o assédio sexual, e o apresentador Sérgio Chapelin afirmava que: “o assédio causa constrangimento e muita dor”. O programa narra alguns casos reais de pessoas que foram “vítimas” do assédio sexual e, por fim, fala da impunidade pela ausência de um tipo penal. Depois do apelo do programa, em 15 de maio do mesmo ano a lei foi publicada e entrou imediatamente em vigor. In: Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio Janeiro, n. 7, p. 271-288. 2. sem, 2002.

¹³ As informações foram extraídas do site: http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm. Acesso em: 8 ago. 2007.

¹⁴ FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar*. Fortaleza: Edição do autor, 1994. 151p

¹⁵ Maria da Penha tornou-se tema de música gravada por Alcione no disco “De tudo eu gosto”, no ano de 2007, assim como teve sua história narrada na literatura de Cordel In: ALVES, Valdecy. *A lei Maria da Penha em cordel*. Fortaleza: Tupynanquim, 2007.

¹⁶É, mais uma vez, importante destacar que os casos de violência doméstica que sensibilizam a mídia e, consequentemente, “os lares” brasileiros são sempre de mulheres de classe média, “independentes” e “inteligentes” que foram mortas, ou sofreram tentativa, por seus companheiros pessoas extremamente possessivas como é o caso de Sandra Gomide, que foi assassinada em 2000 pelo seu namorado, o jornalista Pimenta Neves, e Patrícia Ágio Longo que foi assassinada em 1998 pelo seu marido, o promotor de justiça Igor Ferreira e Silva. Quando se fala de violência doméstica, esses dois casos, mais o de Maria da Penha, são uma das formas de justificar a necessidade do enrijecimento da lei penal para acabar com esse tipo de crime.

Uma lei que apresenta um nome de uma pessoa pode ser interpretada de várias formas. Primeiramente de uma forma simbólica, um marco do movimento feminista, como enfatiza Leda Hermann:

Seu empenho foi reconhecido no dia em que o presidente Lula sancionou a Lei 11.340/2006, que o Brasil passou a conhecer como lei *Maria da Penha* - lei com nome de mulher -, justa homenagem à guerreira que, durante anos, promoveu o debate e estimulou o pleito de proteção e atendimento às vítimas da violência doméstica e familiar. Maria da Penha estava presente à cerimônia de sanção da lei, ao lado de autoridades e companheiras de luta - representantes de movimentos feministas -, encarando outras tantas Marias corajosas, sofridas e anônimas.¹⁷

Por outro lado, a lei perde uma das suas principais características que é a impessoalidade. Exige-se que todas as mulheres sejam percebidas como Maria da Penha, vítimas dos seus algozes, quase sempre seus maridos ou companheiros, e que desejam, a todo custo, a sua punição para poder continuar a sua vida com tranquilidade. É importante ressaltar que casos como esses são exceções e não regra no dia-a-dia, pois em grande parte das agressões, as mulheres não querem a prisão do marido ou companheiro, mas apenas que a agressão não se repita.

O sofrimento das vítimas, em casos como o de Maria da Penha, está sendo usado como uma nova forma de legitimar as leis penais. As vítimas, cada vez mais, estão sendo expostas nos meios de comunicação e a sua imagem começa a ser vinculada conjuntamente com a de políticos que prometem apoiá-la com o intuito de evitar que surjam novas vítimas nessa mesma situação. Algumas vítimas são selecionadas pelos meios de comunicação e, dessa forma, deixam de ser um elemento oculto no crime, passam a ser alvo tanto da mídia como dos políticos, que exploram o sofrimento delas para atingir interesses próprios. Segundo Garland:

A figura santificada da vítima que sofre se converteu num produto desejado nos circuitos de intercâmbio político e da mídia e colocam-se indivíduos reais diante das câmeras ao mesmo tempo que lhes convidam a assumir esse papel, muitas vezes con-

¹⁷ HERMAN, Leda Maria. *Maria da Penha lei com nome de mulher*. Campina-SP: Servanda, 2007, p. 18.

vertendo-se, durante o processo, em celebridades da mídia ou ativistas de movimentos de vítimas.¹⁸

Um caso famoso de uma lei que leva o nome de uma pessoa é a lei Megan, que teve origem no Estado da Califórnia, mas hoje é uma lei federal nos Estados Unidos e assumiu o nome da vítima. Megan Kanka foi sexualmente violentada e depois morta em Nova Jersey por um pedófilo em liberdade condicional que morava em frente da casa dos seus pais, gerando uma grande comoção em todo país. Com base nesse caso, que ocorreu em 1994, surgiu uma onda de legislação nos Estados norte-americanos para tratar dos casos de abuso de sexual, causando um verdadeiro terrorismo penal, estigmatizando os homens e ampliando demasiadamente o poder punitivo estatal, apresentando todos os tipos de presunções e, conseqüentemente, graves injustiças. Todos aqueles taxados como pedófilos eram equiparados ao estuprador de Megan, e se não tinham feito algo parecido poderiam estar prestes a fazer¹⁹.

A atribuição do nome de um indivíduo a uma lei é uma forma de neutralizar as objeções que essa lei possa sofrer. Após o processo de santificação da vítima, geralmente uma mulher ou uma criança, de um crime violento, passa a existir uma invalidação das preocupações com o delinquente, pois este deve ser punido de forma rígida e exemplar, para que possa “pagar pelo que fez”. Qualquer menção aos direitos do delinquente ou a humanização do seu castigo pode ser facilmente considerado como um insulto às vítimas e aos seus familiares²⁰.

Esse também é o sentimento com a lei 11.340/2006. Toda crítica dirigida a essa lei soa como um ato de insensibilidade em relação ao sofrimento de Maria da Penha e, de certo modo, uma indiferença à questão da violência contra a mulher e da dominação do masculino sobre o feminino.

Cada vez mais, segundo Elena Larrauri, os novos movimentos sociais como: grupos ecológicos, feministas e pacifistas, buscam o direito penal

¹⁸ La figura santificada de la víctima que sufre se ha convertido en un producto apreciado en los circuitos de intercambio político y mediático y se colocan individuos reales frente a las cámaras y se los invita a jugar esse papel, muchas veces convirtiéndose durante el proceso, en celebridades mediáticas o activistas de movimientos de víctimas GARLAND, David. *La cultura del control: crime y orden social en sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 241.

¹⁹ Sobre a “caça” aos delinquentes sexuais nos Estados Unidos a partir da lei Megan cf. WACQUANT, Lóic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/F. Bastos, 2001, p. 113-132.

²⁰ GARLAND, David. *La cultura del control: crime y orden social en sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 240-243.

como uma forma de defender os tidos como fracos²¹. Essa maneira equivocada de ampliação do direito penal é muito nítida também no Brasil, como, por exemplo, a lei dos crimes ambientais, o Estatuto do idoso, a lei Maria da Penha, entre outras. A justificativa para tamanha ampliação é a denominada função simbólica do direito penal²². Os defensores dessa função do direito penal acreditam que o Estado, ao legislar, teria a força de inverter a simbologia, já existente na sociedade, atuando como uma forma de persuasão sobre os indivíduos para que eles obedeçam a uma conduta mínima de comportamento, sob pena de serem taxados de delinquentes²³. No caso específico da violência doméstica, o direito penal poderia inverter o poder onipotente do marido sobre a mulher, trazendo à tona o equilíbrio na relação doméstica²⁴.

O direito penal simbólico não gera efeitos protetivos concretos e, geralmente, é utilizado para atender às manifestações de grupos políticos ou ideológicos quando desejam declarar determinados valores ou repudiar determinadas atitudes consideradas lesivas aos seus interesses. De fato, com o direito penal simbólico, segundo Roxin: “comumente não se almeja mais do que acalmar eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”²⁵.

Por sua vez, o direito penal simbólico²⁶ também tem uma forte ligação com os meios de comunicação, pois são eles que apresentam hoje os

²¹ LARRAURI, Elena. *La herancia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991, p. 192.

²² Segundo Larrauri: Los nuevos movimientos partidarios de la criminalización hablan de las funciones simbólicas del derecho penal, pero guardan un embarazoso silencio acerca de la aplicación de este “símbolo” LARRAURI, Elena. *La herancia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991, p. 214. Sobre o direito penal como um meio de estabelecer princípios gerais SHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo penal. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 32-33.

²³ Defendendo a função simbólica da pena não como uma retribuição mais como uma reafirmação do Estado, conferir: RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 57-59.

²⁴ Sobre o tema cf. LARRAURI, Elena. *La herancia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991, p. 220 e segs.

²⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

²⁶ Sobre a impossibilidade de o direito penal apresentar funções promocionais ou simbólicas conferir: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72-75; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123-128.

problemas sociais vistos como mais importantes, bem como se colocam como os agentes mais significativos de controle social nas sociedades modernas, já que possuem uma capacidade ímpar de generalizar pontos de vista e atitudes do corpo social²⁷.

O uso simbólico do direito penal foi sem dúvida um forte argumento do movimento feminista para justificar a sua demanda criminalizadora. É certo que as normas penais simbólicas causam, pelo menos de forma imediata, uma sensação de segurança e tranquilidade iludindo os seus destinatários por meio de uma fantasia de segurança jurídica sem trabalhar as verdadeiras causas dos conflitos. Daí a afirmação que mais leis penais, mais juizes, mais prisões, significam mais presos, mas não menos delitos²⁸.

O direito penal não constitui meio idôneo para fazer política social²⁹, as mulheres não podem buscar a sua emancipação através do poder punitivo e sua carga simbólica. Punir pessoas determinadas para utilizá-las como efeitos simbólicos para os demais significa a coisificação dos seres humanos³⁰. A própria mulher, historicamente, foi vítima dessa carga simbólica do direito penal, quando só poderia ser considerada vítima de determinados crimes quando fosse honesta, ou seja, quando se portasse da maneira adequada na visão masculina.

Sem dúvida, a maior utilização do direito penal simbólico na lei 11.340/2006 está quando ela apresenta um tratamento diferenciado para homens e mulheres que se encontram na mesma situação. Assim, quando a mulher é vítima de uma agressão doméstica ou familiar a consequência será o rigor penal dessa lei, que afasta as medidas despenalizadoras e algumas penas alternativas. Já quando o homem é vítima de um crime

²⁷ Sobre o direito penal simbólico e os meios de comunicação RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt* Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha, 2003, p. 147-172.

²⁸ QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-53.

²⁹ É preciso reconhecer que as reformas judiciais e processuais não são substitutivos suficientes para as reformas políticas e sociais. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 161.

³⁰ Sobre a coisificação do ser humano para servir de exemplo aos demais cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. III, p. 76-77; Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno. In: *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 132-133.

em um mesmo contexto será aplicado o direito penal mais brando, isso significa dizer que será aplicada a lei 9.099/95.

A LEI 11.340/2006 E AS ALTERAÇÕES NO DIREITO PENAL

Essa lei é formada por 46 artigos, sendo dividida em sete títulos. Através destes dispositivos, foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar. Várias são as críticas que podem ser feitas a essa lei, principalmente no campo penal e processual penal, embora também seja possível destacar alguns pontos positivos.

Toda a lei apresenta uma grande carga simbólica e por isso alguns dos seus artigos são totalmente dispensáveis. O principal exemplo são os artigos 2º e 3º, que só repetem os direitos e garantias fundamentais já consagrados na Constituição.

Com a leitura desses dispositivos, algumas pessoas podem ser levadas a crer que só com a lei 11.340/2006 a mulher passou a ter os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana ou que só às mulheres estão asseguradas as condições para o exercício efetivo dos direitos como à vida, à segurança, etc. Essas normas meramente simbólicas estão previstas também no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) e no Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003). Essa técnica não deixa de ser uma forma equivocada de o legislador chamar a atenção da sociedade para essas pessoas, que por sua condição particular merecem uma atenção especial da sociedade e prioridade nas políticas públicas do governo.

Dois artigos da lei se dedicam a definir o que seria violência doméstica e familiar contra a mulher, e o fazem de forma amplíssima. O primeiro é o art. 5º, que em seu *caput* define como sendo: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico de dano moral ou patrimonial”³¹. Aqui é usada a expressão gênero, que é mencionada por mais três vezes no art. 8º da referida lei.

³¹ Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

O conceito de gênero, para as ciências sociais³², não se confunde com o conceito de sexo; enquanto este estabelece as diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, aquele se ocupa em designar as diferenças sociais e culturais que definem os papéis sexuais destinados aos homens e às mulheres em cada sociedade³³. Assim, na definição de gênero cabe a afirmação de Simone de Beauvoir “não se nasce mulher, torna-se”³⁴. O mesmo pode ser aplicado para o gênero masculino. O gênero, diferentemente do sexo, não é natural, mas sim resultado de uma construção social.

Segundo Baratta:

A estrutura dos papéis nas duas esferas da divisão social de trabalho, quais sejam, a da produção material e da reprodução, não é menos importante. É nesta diferenciação das esferas e dos papéis na divisão social do trabalho que age a construção social dos gêneros. A sociedade patriarcal reservou, de forma ampla, o protagonismo da esfera produtiva aos homens e do círculo reprodutivo, às mulheres.³⁵

A violência doméstica contra a mulher trata-se de um conflito de gênero, portanto não se pode deixar de analisar esse conflito como uma relação de poder, entre o gênero masculino, representado socialmente como forte, e o gênero feminino, representado socialmente como o fraco.

A lei utiliza a relação de gênero para trabalhar essa divisão de papéis construída socialmente, tanto é assim que ela também menciona a expressão gênero, quando o assunto é desenvolver políticas públicas que objetivam ações integradas para o combate dessa forma de violência (art. 8º).

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

³² A distinção entre sexo e gênero somente será feita para discutir o seu uso pela lei, pois não é objeto da presente tese trabalhar a problemática do gênero e as suas discussões teóricas no campo das ciências sociais, já que, segundo Heleieth Saffioti: “Cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, havendo um campo, ainda que limitado, de consenso: o gênero é a construção social do masculino e do feminino”. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 45.

³³ Sobre o uso do gênero no Brasil cf. IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004, p. 83-93.

³⁴ Apud BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 21.

³⁵ Idem, p. 45.

No art. 5º, a lei utiliza o termo ofendida pela primeira vez, e o repete por inúmeras vezes no decorrer do seu texto. No referido artigo, também aparece, pela primeira vez, o termo agressor sendo repetido por diversas vezes, mas em nenhum momento a lei faz referência à expressão homem. Essa bipolarização entre a ofendida e o agressor, além de ser estigmatizante, enfatiza, sem dúvida, os papéis representados na sociedade, o masculino no pólo ativo e o feminino no pólo passivo.

A lei 11.340/2006, quando faz uso das expressões ofendida e agressor, está utilizando prioritariamente o direito penal e a sua linguagem nas situações de violência doméstica, por consequência, afasta qualquer possibilidade de participação da mulher na resolução do seu conflito.

Essa estratégia da lei em ampliar o poder punitivo na esfera doméstica e reforçar os estereótipos entre agressor e vítima é extremamente perigosa, pois, conforme Vera Andrade:

[...] a estratégia neocriminalizadora reproduz o alcance imperialista do sistema penal que, ao maximizar a conversão dos problemas sociais em problemas penais estendeu seu império sobre a sociedade como um polvo estende seus tentáculos sobre a areia. E, ao tentar abarcar, ao mais fino grão, o cotidiano da vida social, assumiu uma tarefa enormemente superior à sua intrínseca capacidade.³⁶

O artigo 5º ainda determina, através de seus incisos, a incidência, desse tipo de violência: no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Conforme a abrangência dada por esse artigo, não resta dúvida que a lei trata dos casos de violência doméstica ou familiar.

Por fim, o parágrafo único desse artigo determina que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. A forma utilizada pelo legislador, nesse dispositivo, teve o intuito de evitar qualquer forma de discriminação ao relacionamento homossexual, porém só é possível a sua aplicação nas medidas de natureza cível. De fato, o princípio da legalidade não deixa nenhum espaço para qualquer espécie de interpretação extensiva na matéria de natureza penal. Quando a lei determina que a vítima deva ser uma mulher e utiliza em vários dos seus dispositivos a expressão “ofendida” e se refere ao sujeito ativo como

³⁶ ANDRADE, Vera. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 106.

“agressor”, não se pode admitir que o sujeito passivo e o ativo sejam do mesmo sexo³⁷. Na esfera penal, é imprescindível que exista uma mulher no pólo passivo, a ofendida, e um homem no pólo ativo, o agressor, como determina expressamente o texto legal.

O segundo artigo que se dedica a explicar as formas de violência doméstica é o 7º, que disciplina, de modo exemplificativo, quais são as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, dividindo a violência em: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Resumindo, para a lei, todas as formas de violência caracterizam a violência doméstica ou familiar.

Um ponto importante da lei é o das medidas que não apresentam caráter penal, como as previstas nos arts. 8º, 9º, 22º e 23º, que objetivam uma proteção à mulher em situação de violência. Algumas dessas medidas para serem efetivadas necessitam de ações positivas do Poder Executivo, como a articulação de ações do sistema único de saúde e do sistema único de segurança pública, para que o juiz possa encaminhar a mulher vítima de violência para programas de proteção. Não há dúvidas que a melhor forma de combater a violência doméstica é através de políticas públicas não repressivas, conscientizando a população, principalmente pela educação para as novas gerações, como estabelecem os incisos III, V, VII, VIII e IX do art. 8º da lei 11.340/2006.

A falta dessas ações, por parte do Poder Executivo, faz com que o Poder Judiciário somente possa aplicar as medidas repressivas, pois o aparato policial e prisional, por mais insuficiente que possam parecer, já estão prontos para agir. É bem mais fácil para o juiz, por exemplo, encaminhar o agressor para a prisão do que para um tratamento de alcoolismo.

QUANDO A MULHER É VITIMA E O HOMEM AGRESSOR

Inicialmente, é oportuno destacar os arts. 17 e 41 que dão ensejo a uma grande polêmica na lei 11.340/2006, por apresentarem tratamentos distintos quando a vítima é uma mulher nos crimes que envolvem violência doméstica ou familiar.

O art. 17 proíbe a aplicação de duas penas alternativas aos crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher. E apre-

³⁷ Posicionamento diferente tem Maria Berenice Dias, quando defende que tanto o homem, quanto a mulher podem ser sujeito ativo desses crimes. DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

senta a seguinte redação: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

Como não se pode aplicar a transação penal (art. 76 da lei 9.099/95) nesses crimes, a presente proibição é direcionada ao magistrado no momento da substituição da pena privativa de liberdade pelas penas alternativas (art. 44 do Código Penal).

A primeira proibição é totalmente inócua, já que não existe na legislação penal uma pena de cesta básica, a proibição da prestação pecuniária já era suficiente para evitar a suposta pena de cesta básica³⁸.

A pena nos §§ 1º e 2º do art. 45, inseridos pela lei 9.714/98, tem a seguinte redação:

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º. No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Parece que a intenção do legislador é evitar que a dor da vítima pudesse ser comprada por dinheiro ou cestas básicas, mas o estranho é que essa vedação só aconteceu para os crimes estabelecidos nessa lei, continuando a existir essa possibilidade nas demais situações. Sendo assim, se um filho injuriar o seu pai poderá receber a pena de prestação pecuniária, mas se no mesmo contexto a injúria for dirigida a sua mãe essa pena não poderia ser aplicada³⁹.

Portanto, de acordo com a redação do artigo, a prestação pecuniária, em todas as suas formas, isolada ou cumulativamente, foi proibida.

³⁸ É muito comum que em sede de transação penal o ministério público faça a proposta para que o autor do fato entregue cestas básicas a alguma instituição beneficente; essa seria a pena de prestação pecuniária inominada. Esse tipo de pena sofre muitas críticas, a principal delas é que não teria a função de ressocializar o indivíduo.

³⁹ Por criar situações desse tipo, é que alguns autores defendem a inconstitucionalidade desse artigo.

Com relação à pena de multa, o que aconteceu foi uma restrição, pois o que o artigo impede é o pagamento isolado da multa. Dessa maneira, ela poderá ser aplicada cumulativamente com uma outra pena restritiva de direitos, como a prestação de serviço à comunidade, por exemplo, quando a pena privativa de liberdade for superior a 1 (um) ano nos termos do § 2º do art. 44.

Já o art. 41 veda a aplicação da lei 9.099/95 aos crimes que envolvam violência doméstica e familiar e apresenta a seguinte redação: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

Esse, sem dúvida, é o artigo mais problemático de toda a lei, uma vez que o art. 17, embora restrinja as penas alternativas, não as proíbe. Significa dizer que não pode o juiz aplicar a pena pecuniária, todavia é possível a aplicação da prestação de serviço à comunidade ou da limitação de final de semana. Entretanto quando a lei 11.340/2006 veda a aplicação da lei 9.099/95, está proibindo as normas de matéria penal e processual penal introduzidas por esta lei. Assim, fica afastada qualquer possibilidade da lavratura de termo de ocorrência, consequentemente volta a ser possível, nos crimes de menor potencial ofensivo, a prisão em flagrante e o arbitramento de fiança. Impede ainda a utilização do rito sumaríssimo, criado para dar uma maior agilidade ao processo, bem como afasta, por completo, as medidas despenalizadoras.

Como tratar de maneira diferente duas pessoas que praticaram exatamente o mesmo crime tendo por critério o sexo? Assim, se a esposa comete o crime de ameaça contra o seu marido é beneficiada pela lei 9.099/95, mas acontecendo o contrário o marido se submeterá aos rigores da lei 11.340/06, ou seja, pode ser preso em flagrante e não terá direito às medidas despenalizadoras. E, sendo condenado, não poderão ser aplicadas as penas alternativas de multa e prestação pecuniária.

Alguns autores alegam que as medidas despenalizadoras da lei 9.099/95 (a composição civil - art. 75, a transação penal - art. 76 e a suspensão condicional do processo - art. 89), bem como as penas de multa e de prestação pecuniária são institutos totalmente fracassados⁴⁰. Se esse argumento fosse verdadeiro, esses institutos deveriam deixar de existir

⁴⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 24 set. 2007.

na legislação penal como um todo e não apenas nos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Uma outra inovação trazida pela lei, que também só ocorre quando a vítima for mulher, é uma nova hipótese de prisão preventiva. O art. 42 da lei 11.340/2006 acrescentou o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal.

Essa ampliação da prisão preventiva ocorreu com a intenção de garantir a execução das medidas protetivas, mas como se sabe, na prática é “mais fácil” aplicar a prisão preventiva do que as medidas protetivas. Assim, terminou essa modificação ampliando a possibilidade da decretação da prisão preventiva, inclusive nos crimes apenados com detenção. Essa situação pode ocasionar, na prática, inúmeras injustiças, e termina por legitimar que pessoas passem mais tempo presas de modo provisório do que, se forem condenadas, o tempo da sua pena ao final do processo.

No Brasil, a maioria das pessoas cumpre pena sem ter sido ainda condenadas com trânsito em julgado. Segundo Zaffaroni:

A característica mais destacada do poder punitivo latino americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente 3/4 - dos presos está submetida a medida de contenção porque são *processados não condenados*. Do ponto de vista formal, isso constitui uma *inversão do sistema penal*, porém segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou *por medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo poder-punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade.⁴¹

Muitas pessoas são presas em flagrante por pequenos delitos e lá são esquecidas⁴²; com a lei dos juizados essas situações tinham desaparecido, pelo menos no plano da possibilidade legal, para os crimes de menor

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Pensamento criminológico, v. 14, p. 70).

⁴² Sobre uma análise da prisão provisória por pequenos crimes de furto no Brasil cf. BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

potencial ofensivo. A lei 11.340/2006, além de afastar o termo circunstanciado, trazendo novamente a possibilidade de prisão em flagrante para esses crimes, apresentou mais uma forma de prisão provisória nos casos de violência doméstica ou familiar. Dessa forma, a lei ampliou sensivelmente as formas de prisão sem condenação, que, para Baratta, geralmente só atingem: “os acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados da população, que são os clientes fixos do sistema de justiça criminal”⁴³.

Outra modificação introduzida pela lei 11.340/2006 foi a alteração do art. 129, do Código Penal, no tocante à violência doméstica. Com relação ao preceito primário, a redação do § 9º continuou exatamente a mesma, mas em relação ao patamar da pena em abstrato, foi alterado tanto no mínimo quanto no máximo. O mínimo passou de 6 (seis) para 3 (três) meses e o máximo de 1(um) para 3 (três) anos.

Não existe uma razão aparente para a diminuição do patamar mínimo, mas o acréscimo do máximo foi, sem dúvida, para descaracterizar a infração como de menor potencial ofensivo. O § 10 do art. 129 manteve exatamente a mesma redação, continuando a violência doméstica, na lesão corporal grave e gravíssima, a caracterizar uma causa de aumento de pena.

Foi acrescido ao art. 129 o § 11⁴⁴, que apresenta mais uma causa de aumento de pena, de 1/3 (um terço), ao crime de lesão corporal quando este for cometido no contexto de violência doméstica contra pessoa portadora de deficiência⁴⁵.

Com relação à espécie da ação penal da lesão leve qualificada pela violência doméstica, a nova lei não resolveu o impasse doutrinário, e as discussões continuam acirradas no que tange ao tema. Os autores que defendem a ação como pública, condicionada à representação, continuam utilizando o mesmo argumento que a criação do § 9º não afastou a incidência do art. 88 da lei 9.099/95 (estabelece depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves), pois não foi criado nenhum tipo penal novo, mas apenas uma qualificadora, e argu-

⁴³ BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993, p. 52.

⁴⁴ § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

⁴⁵ O conceito de pessoa portadora de deficiência é encontrado no art. 3º e 4º do decreto 3.289/99, que regulamentou a lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio à pessoa portadora de deficiência.

mentam, ainda, que o art. 16 da própria lei 11.340/2006 corrobora com esse entendimento⁴⁶.

Já os que defendem ser a ação pública incondicionada argumentam que esta é a regra, salvo nos casos em que a lei declara ser privativa do ofendido ou exija a representação ou a requisição do Ministro da Justiça. Quando foi criado o “tipo” da violência doméstica não se mencionou a espécie da ação, então se entenderia ser pública incondicionada, e tal posicionamento seria reforçado pelo art. 41 da lei 11.340/06, que proíbe a aplicação da lei 9.099/95 quando a mulher for vítima de violência doméstica e familiar⁴⁷.

A lei criou ainda um juizado que não é juizado, quando dispôs no seu artigo primeiro “sobre a criação dos juzizados de violência doméstica e familiar contra a Mulher”. Sem dúvida, houve uma confusão terminológica, pois, segundo a Constituição, no seu art. 98, inciso I:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juzizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumário, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;

A lei 9.099/95 instituiu os juzizados especiais cíveis e criminais, esse último, até o advento da lei 11.340/2006, tratava das infrações de maior incidência na esfera da violência doméstica e familiar, que são: a lesão corporal leve, a ameaça e a injúria, todos considerados crimes de menor potencial ofensivo, já que a pena máxima em abstrato não supera 2 (dois) anos. Com a criação do juizado da mulher esses crimes passaram a ter um tratamento comum, na verdade o juizado da mulher é uma vara criminal com competência para apreciar alguns problemas na área cível.

Ainda sobre a criação desses juzizados, é praticamente impossível que ele seja criado na maioria das comarcas e isso significa dizer que:

⁴⁶ Vide as observações feitas no art. 16 do presente trabalho.

⁴⁷ Como o artigo que transformou a lesão corporal leve em pública condicionada foi o art. 88 da lei 9.099/95 este, depois da lei 11.340/2006, não poderá ser mais aplicado, retornando, consequentemente, a ação a ser pública incondicionada.

[...] retira-se o caso do JECrim, onde era muitas vezes realizada a mediação e homologado pelo juiz o compromisso de respeito mútuo, e encaminha-se para uma Vara freqüentemente sobrecarregada com homicídios, roubos, estelionatos e delitos sexuais graves, e exige-se ainda que sejam resolvidos as questões envolvendo direito de família.⁴⁸

A grande preocupação é a situação, da maioria das comarcas, que não tem e nem terão juizados da mulher e que os processos envolvendo violência doméstica terminem por prescrever antes mesmo de chegarem à apreciação do Judiciário.

Por fim, poder-se-ia indagar sobre a inconstitucionalidade dos artigos que apresentam um tratamento diferenciado para homens e mulheres. Sem dúvida, serão plausíveis tantos os argumentos dos que defendem ser a lei discriminatória, por apresentar consequências diferentes para a prática do mesmo fato⁴⁹, quanto os argumentos daqueles que defendem que a lei, em determinadas situações, pode tratar diferentemente os desiguais, assim como fez o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e agora a lei 11.340/2006⁵⁰.

Vale salientar que a lei 11.340/2006 apresenta grandes méritos no que diz respeito às medidas de prevenção e de proteção da mulher, mas apresenta graves falhas no campo penal. Infelizmente, a lei se tornou mais conhecida pelos seus aspectos penais com o *slogan* midiático “homem que bate em mulher agora é preso” e como sempre as medidas de caráter penal, por serem simbólicas e extremamente seletivas, são mais facilmente aplicadas do que as medidas de caráter preventivo ou educativo.

⁴⁸ CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo - uma análise da lei 11.340/2006. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 170, p. 16, jan. 2007.

⁴⁹ Sobre a inconstitucionalidade: SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. In: *Boletim IBCRIM*, ano 14, n. 168, p. 4, nov./jan. 2006; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 24 set. 2007.

⁵⁰ Sobre a constitucionalidade: BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 24 set. 2007; DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O direito penal ignora por completo a violência estrutural e as suas causas, pois o seu discurso é simplesmente punitivo, procurando apenas atribuir culpa a alguém, seja ao homem que bateu na boa mãe de família, ou a própria mulher, que por não ter sido tão boa assim mereceu apanhar. Termina, portanto, estigmatizando os sujeitos envolvidos, oferecendo falsas soluções, e não satisfazendo a vítima, que, muitas vezes, pode deixar a Justiça com o rótulo de que “gosta de apanhar”.

Resta agora encontrar alternativas dentro da própria lei, explorar suas medidas cíveis e de caráter preventivo, oferecer subsídios contrários ao discurso punitivo. De tudo o que foi colocado, resta a conclusão principal que não é através do direito penal que a mulher encontrará a igualdade, pois a mudança de comportamento e de mentalidades vem através da educação e de ações preventivas. O direito penal deve ser o último recurso nos conflitos domésticos e familiares e só deve ser invocado depois de esgotadas as medidas de direito civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Valdecy. *A lei Maria da Penha em cordel*. Fortaleza: Tupynanquim, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

ARDILLON, Danielle, Debert, Guita Grin. *Quando a vítima é mulher*. Análise de julgamentos de crimes de estupro, espaçamento e homicídio. Brasília: Conselho Nacional do Direitos da Mulher – Ministério da Justiça, 1987.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *Fascículos de ciências penais*, Porto Alegre, n. 2, p. 44-61, abr./maio/jun. 1993.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*: edição comemorativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 24 set. 2007.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio Janeiro, n. 7, p. 271-288, 2. sem. 2002.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo - uma análise da lei 11.340/2006. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 170, jan. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar*. Fortaleza: Edição do autor, 1994.

FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 14, n. 168, nov./jan. 2006.

GARLAND, David. *La cultura del control: crime y orden social en sociedad contemporánea*. Trad. Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005

HERMAN, Leda Maria. *Maria da pena lei com nome de mulher*. Campina-SP: Servanda, 2007.

HÜGEL, Carlos. La patología de la comunicación o del discurso sobre criminalidad en los medios masivos. In: *Criminología crítica y control social*. 2. "Orden o justicia: el falso dilema de los intolerantes". Rosario: Editorial Juris, 2000.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2004.

LARRAURI, Elena. Control informal: las penas e las mujeres... In: LARRAURI, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 1-16.

_____. La herencia de la criminología crítica. Madrid: Siglo Veintiuno, 1991.

LEES, Sue. Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes. In: LARRAURI, Elena (comp.). *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p. 17-41.

MARTÍN, María Ángeles Rueda. Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión: una evaluación crítica*. Trad. Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades*.

Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10291>>. Acesso em: 24 set. 2007.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NEUMANN, Ulfrid; MARTÍN, Adán Nieto (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt* Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla – La Mancha, 2003. p. 147-172.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SHEERER, Sebastian. Hacia el abolicionismo. In: *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

SOUZA, João Paulo de Aguiar Sampaio; FONSECA, Tiago Abud da. A aplicação da lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica contra a mulher. In: *Boletim IBCRIM*, ano 14, n. 168, nov./jan. 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El discurso feminista y el poder punitivo. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Pensamento criminológico, v. 14).

Data Recebimento: 22 de junho

Data Aceite: 28 de julho